



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Kartellzivilrecht

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-65597>

Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2012). Kartellzivilrecht. In: Zäch, Roger. Revision des Kartellgesetzes: kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler. Zürich: Dike, 137-159.

Kartellzivilrecht

Andreas Heinemann *

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	1
II.	Geltendes Recht.....	3
	1. Die gesetzliche Regelung.....	3
	2. Konzeptionelle Widersprüche des geltenden Rechts	4
III.	Änderungsvorschläge des Bundesrats.....	6
	1. Aktivlegitimation.....	7
	2. Anspruchsordnung.....	9
	3. Kartellrechtliches Übermassverbot	10
	4. Verjährung.....	10
	5. Feststellung, nicht Anordnung der Nichtigkeit	11
	6. Anrechnung des Schadenersatzes auf die Verwaltungssanktionen?	12
	7. Ingress	14
IV.	Nicht aufgegriffene Themen	15
	1. Verbandsklagen	15
	2. Bestimmung des Schadens.....	17
	3. Zugang zu Beweismitteln	18
	4. Bindungswirkung von Behördenentscheiden.....	19
	5. Verfahrenskosten.....	20
V.	Gesamtschau	20
VI.	Fazit	22

I. Einleitung

Das Kartellzivilrecht (3. Kapitel des Kartellgesetzes) ist den Bestimmungen zum verwaltungsrechtlichen Verfahren (4. Kapitel) und zu den Strafsanktio-

* Ordinarius für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, wissenschaftlicher Direktor des Europa Instituts an der Universität Zürich und Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder und kann nicht der Institution zugerechnet werden.

nen (5. Kapitel) vorangestellt.¹ Mit seiner praktischen Bedeutung verhält es sich allerdings umgekehrt: Die bekannten Fälle zum Kartellzivilrecht sind überschaubar. In der überwiegenden Mehrzahl geht es um den defensiven Einsatz von Kartellrecht, nämlich um das Verteidigungsmittel der kartellrechtlichen Nichtigkeit gegenüber vertraglichen Ansprüchen.² Nur ganz vereinzelt existieren Fälle, in denen Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ihren Schaden eingeklagt haben.³ Erfolg ist solchen Klagen nach geltendem Recht nur beschieden, wenn der Anspruchsteller ein Unternehmen ist und das Gericht die Möglichkeiten der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR voll ausschöpft.

In der überwältigenden Mehrzahl der Kartellfälle kommt es allerdings nicht zum Schadenausgleich. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Die Beweisführung ist schwierig, da der Nachweis von Wettbewerbsverstoss, Schaden, Kausalität und Verschulden aufgrund der komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge vor besondere Herausforderungen gestellt ist. *Follow on*-Klagen (also Verfahren, die nach kartellbehördlicher Verfügung eingeleitet werden) bieten Erleichterungen nur hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Das Kostenrisiko ist hoch. Mit dem kartellbehördlichen Verfahren steht ausserdem ein Weg zur Verfügung, der zwar nicht zum privatrechtlichen Schadenersatz, aber zur Unterbindung und Ahndung des wettbewerbswidrigen Verhaltens führt. Ferner kann nicht jedermann klagen: Kartellzivilrechtliche Ansprüche können nach herrschender Auffassung nur von Unternehmen geltend gemacht werden.

Die Reformbedürftigkeit des kartellzivilrechtlichen Rahmens ist weitgehend anerkannt. Retardierend wirkt allerdings die Furcht vor einer *US style litigation culture*. Die grosse praktische Bedeutung der privatrechtlichen Kartellklagen in den USA (deren Anteil an der Gesamtheit der Kartellverfahren dort auf 90 Prozent geschätzt wird) beruht auf finanziellen Anreizen und verfahrensrechtlichen Erleichterungen. So steht nach Section 4 Clayton Act

¹ In der Systematischen Sammlung des Bundesrechts ist das Kartellgesetz mit der SR-Nummer 251 in das Sachgebiet "Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung" eingeordnet, und nicht (wie etwa das Preisüberwachungsgesetz, SR-Nummer 942.20) in das Kapitel 9 "Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit".

² S. beispielsweise BGE 134 III 438 (442 f.) und zuletzt Präsident des Handelsgerichts St. Gallen, 26.3.2012, HG.2011.286, Erwägung II.7.

³ S. beispielsweise Handelsgericht des Kantons Aargau, 13.2.2003, Allgemeines Bestattungsinstitut gegen den Kanton Aargau, RPW 2003, 451.

dem Kartellopfer dreifacher Schadenersatz (*treble damages*) zur Verfügung. Die *pretrial discovery* verschafft dem Kläger weitreichenden Zugang zum Beweismaterial in der Hand des Beklagten (und von Dritten). *Class actions* nach *opt out*-Prinzip sorgen für schnelles Erreichen der kritischen Klagemasse. Das *private enforcement* in den USA wird in Europa überwiegend als exzessiv angesehen. In der Tat passt die durch mehrfachen Schadenersatz bewirkte Überkompensation nicht zu Grundprinzipien des hiesigen Haftpflichtrechts. Die Regeln über den Zugang zu Beweismitteln laden zu Fischzügen ein, und Sammelklagen nach *opt out*-Prinzip bergen ein erhebliches Erpressungsrisiko (*blackmail settlements*).

Die Botschaft des Bundesrats⁴ sucht den Weg zwischen den Extremen. Einerseits soll die (unhaltbare) Engführung des geltenden Rechts überwunden werden. Andererseits wird jeder Schritt vermieden, bei dem auch nur der entfernte Verdacht besteht, dass er zu Übertreibungen des Kartellprivatrechts beitragen könnte.⁵ Im Folgenden sollen zunächst das geltende Recht und die Änderungsvorschläge des Bundesrats vorgestellt und analysiert werden, bevor in einem nächsten Schritt festgehalten wird, welche Verbesserungsmöglichkeiten *nicht* aufgegriffen wurden. Hieran schliesst sich eine Gesamtchau an.

II. Geltendes Recht

1. Die gesetzliche Regelung

Das Kartellgesetz enthält in seinen Artikeln 12, 13 und 15 besondere privatrechtliche Vorschriften. Sonderregeln über den Gerichtsstand, die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und vorsorgliche Massnahmen wurden aufgehoben, da sie in allgemeinen Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung mit Wirkung vom 1. Januar 2011 aufgegangen sind. Die Überschrift des 3. Kapitels des Kartellgesetzes "Zivilrechtliches Verfahren" ist insoweit missverständlich, als dieses Kapitel nicht nur prozessuale, sondern auch materiell-rechtliche Vorschriften enthält. Hierzu gehören Art. 12 KG, der die

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905.

⁵ Das Ziel, eine exzessive Klagekultur zu vermeiden, wird in der Botschaft mehrfach angesprochen, s. BBl 2012, 3921, 3928 und 3937 f.

Anspruchsordnung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche konstituiert und Art. 13 KG, welcher Besonderheiten bei den Rechtsfolgen aufschlüsselt. Die Existenz einer separaten kartellzivilrechtlichen Anspruchsgrundlage ist positiv zu würdigen, da sie Streitigkeiten in Bezug auf das Ob und den grundlegenden Inhalt der einschlägigen Ansprüche ausschliesst.⁶ Was prozessuale Besonderheiten betrifft, so ordnet Art. 15 KG an, dass der Zivilrichter die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen hat, wenn in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Die Wettbewerbskommission nimmt keine eigenen Sachverhaltsermittlungen vor, sondern erstellt auf der Grundlage der vom Gericht gelieferten Fakten ein Rechtsgutachten.⁷ Die (für das Gericht nicht verbindlichen) Gutachten werden im amtlichen Publikationsorgan "Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW) veröffentlicht. Zusammen mit den dort veröffentlichten zivilgerichtlichen Entscheiden geben sie einen Einblick in die (überschaubare) Praxis des Kartellzivilrechts. Kenntnis über die zivilgerichtliche Praxis erlangt die Weko nicht nur über die Gutachtenanfragen, sondern auch über Art. 48 Abs. 2 KG: Nach dieser Vorschrift sind die Gerichte verpflichtet, Urteile in Anwendung des Kartellgesetzes (also auch solche in kartellzivilrechtlichen Streitigkeiten) dem Weko-Sekretariat unaufgefordert zuzustellen.

2. Konzeptionelle Widersprüche des geltenden Rechts

Traditionell wird die Schweizer Kartellgesetzgebung auf das Missbrauchsprinzip verpflichtet, im Gegensatz zum Recht der Europäischen Union und zu den meisten anderen Kartellrechtsordnungen, die dem Verbotsprinzip folgen. Das Charakteristikum einer Missbrauchsgesetzgebung wird der Formulierung in Art. 96 Abs. 1 BV (aufgegriffen in Art. 1 KG) entnommen, wonach sich die einschlägigen Vorschriften nicht gegen Kartelle oder andere

⁶ Rechtsvergleichend ist die Existenz kartellzivilrechtlicher Spezialnormen nicht selbstverständlich, vgl. HEINEMANN ANDREAS, in MÖLLERS/HEINEMANN (Hrsg.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge 2007, 639. In Frankreich folgen solche Ansprüche beispielsweise aus den allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln, nämlich Art. 1382 ff. Code civil.

⁷ Vgl. WETTBEWERBSKOMMISSION, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*, RPW 1997/4, 593; WETTBEWERBSKOMMISSION, *Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG*, RPW 1998/4, 621.

Wettbewerbsbeschränkungen als solche, sondern nur gegen deren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen richten dürfen. Demgegenüber folgt nach der international üblichen Begriffsbildung eine Kartellgesetzgebung dann dem Missbrauchsprinzip, wenn ihre materiellrechtlichen Regeln nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern den Anwendungsakt einer Behörde oder eines Gerichts voraussetzen. Kartellgesetzgebungen, die dem Verbotsprinzip folgen, sehen hingegen unmittelbare Anwendbarkeit ihrer Vorschriften unabhängig von einem Anwendungsakt vor.⁸

Von der international üblichen Begrifflichkeit ging auch noch die Botschaft zum KG 1995 aus: Es heisst dort, dass nach dem Missbrauchsprinzip "eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden [kann], wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtigkeit *ex tunc*, sondern lediglich eine solche *ex nunc* zu."⁹ Das geltende Recht folgt dieser Konzeption in Art. 13 lit. a KG. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht "anordnen", dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind. Der Begriff der "Anordnung" geht im Sinn des Missbrauchsprinzips von einer konstitutiven Wirkung des gerichtlichen Entscheids aus. Im Gegensatz hierzu hat das Bundesgericht im Jahr 2008 entschieden, dass kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabreden *ex tunc* nichtig seien.¹⁰ Anwendungsakte sind nach der neueren Rechtsprechung folglich nur deklaratorisch.¹¹

Für die Grundkonzeption des Kartellzivilrechts ist diese Entwicklung von grösster Bedeutung: Wenn die Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen erst mit der (rechtskräftigen) Feststellung durch eine Rechtsanwendungsinstanz einträte, wäre es unstimmg, zivilrechtliche Ansprüche mit Wirkung für die Vergangenheit zuzusprechen.¹² Das Gebäude des Kartellzivilrechts ist genauso auf die *ex tunc*-Wirkung der kartellrechtli-

⁸ S. HEINEMANN ANDREAS, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: WEBER/HEINEMANN/VOGT (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Roger Zäch, Bern 2009, 43 (45 ff. m.w.N.).

⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995, 553.

¹⁰ BGE 134 III 438 (442 f.): Art. 20 OR findet Anwendung.

¹¹ Folgerichtig soll Art. 13 lit. a KG geändert werden, s. unten III.5.

¹² Vgl. BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I – Kommentar, 3. Kapitel Vorbemerkung 9 (S. 142); MARTENET VINCENT, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, in BRAUN (Hrsg.), Actualités du droit des contrats, Lausanne 2008, 79 (113).

chen Verbote gegründet wie die direkten Sanktionen des öffentlichen Rechts. Man sollte deshalb Abstand davon nehmen, das Schweizer Kartellrecht in Abweichung von der international üblichen Terminologie als Missbrauchsgesetzgebung zu kennzeichnen. Spätestens seit der Einführung der direkten Sanktionen 2004/2005¹³ und der Anerkennung der *ex tunc* wirkenden Nichtigkeit durch das Bundesgericht im Jahr 2008¹⁴ ist das Schweizer Kartellgesetz eine typische Verbotsgesetzgebung.¹⁵ Der konzeptionelle Hauptunterschied zum europäischen Kartellrecht ist die Betonung der (volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen) Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG. Dies berührt aber nun nicht mehr die für die Existenz des Kartellzivilrechts wesentliche Frage nach der Wirkung kartellrechtlicher Tatbestände, sondern stellt lediglich erhöhte inhaltliche Anforderungen an deren Ausgestaltung. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, lässt Art. 96 BV zwar kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu. Der Gesetzgeber wird aber nicht auf das aktuell für Wettbewerbsabreden geltende System der Vermutungstatbestände festgelegt, sondern kann – so wie in der Botschaft vorgeschlagen – auch partielle Verbote einführen.¹⁶

III. Änderungsvorschläge des Bundesrats

Die Botschaft setzt sich eine "Stärkung des Kartellzivilrechts" zum Ziel.¹⁷ Ihre Verfasser teilen die Auffassung, dass die Kartellrechtsdurchsetzung

¹³ Art. 49a KG, eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 20.6.2003 (AS 2004, 1385), in Kraft seit 1.4.2004, Auslaufen der Übergangsfrist am 31.3.2005 (s. Schlussbestimmung zum KG).

¹⁴ S.o. FN 10.

¹⁵ Trotz konzeptioneller Unstimmigkeiten bei Verabschiedung des Kartellgesetzes rechtfertigt sich aber auch die Annahme, dass das KG 1995 (im Unterschied zum KG 1985) von Beginn an dem Verbotsprinzip (in der internationalen Bedeutung dieses Begriffs) folgte, s. näher HEINEMANN (oben FN 8).

¹⁶ BGE 135 II 60 (67) m.w.N. Man sollte in diesem Zusammenhang nicht von "per se"-Verboten sprechen. Dieser Begriff ist durch das US-amerikanische Recht geprägt und bezeichnet Verbote ohne Rechtfertigungsmöglichkeit. Demgegenüber bleibt die Effizienzrechtfertigung des Schweizer Rechts (sowie des europäischen Kartellrechts) auch auf Kernbeschränkungen anwendbar.

¹⁷ S. Überschrift 1.3.4 der Botschaft.

durch Private "von untergeordneter, ja bloss sporadischer Bedeutung" sei, und dass die "Gründe für diesen Befund [...] vielfältig" seien.¹⁸ Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang die Einschränkung der Klagelegitimation und die Schwierigkeiten der zivilrechtlichen Verjährung, deren Lauf durch das Behördenverfahren nicht berührt wird. Ausserdem konkurriere das Zivilverfahren zumindest teilweise mit dem Verwaltungsverfahren. Zwar könnten Opfer auf diesem Weg keinen Schadenersatz erhalten, aber zumindest Verbesserungen für die Zukunft erwirken und hierbei die Kosten und Risiken eines Zivilprozesses vermeiden.¹⁹

1. Aktivlegitimation

Nach Art. 12 Abs. 1 KG sind die kartellzivilrechtlichen Ansprüche denjenigen vorbehalten, die "durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert" werden. Nach herrschender Auffassung können dies nur Unternehmen sein.²⁰ Konsumenten und juristische Personen des öffentlichen Rechts sind hiernach nicht klageberechtigt.²¹ Da ganz überwiegend die *passing on*-Verteidigung anerkannt wird, also der Einwand der Schadenabwälzung für den Fall, dass der zunächst durch kartellrechtswidrig erhöhte Preise geschädigte Abnehmer die Produkte entsprechend teurer weiterverkaufen konnte, kommt es zu einer "stossenden Haftungslücke"²²: Wird der Kartellschaden komplett auf die

¹⁸ Botschaft, BBl 2012, 3928.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Die Botschaft geht zu Unrecht davon aus, dass die zivilrechtliche Klagemöglichkeit nach geltendem Recht auf Wettbewerber beschränkt sei, so BBl 2012, 3918 und 3928. Es entspricht allgemeiner Meinung, dass nach der Formulierung in Art. 12 Abs. 1 KG Unternehmen auf allen Marktstufen klageberechtigt sind; ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht erforderlich. Es existiert auch keine *indirect purchaser rule* nach US-amerikanischem Vorbild, wonach nur direkte Abnehmer zur Klage berechtigt wären. Ebenso wenig gibt es (wie früher im deutschen Kartellrecht) ein Kriterium der Zielgerichtetheit, wonach Ansprüche nur dann bestehen, wenn sich der Kartellrechtsverstoss gerade gegen den Anspruchsteller richtet. S. hierzu Baker&McKenzie/HAHN, Stämpflis Handkommentar zum KG, Art. 12 KG Rn. 12 m.w.N.

²¹ S. HEINEMANN ANDREAS, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bern 2009, 63 ff. m.w.N.

²² Botschaft, BBl 2012, 3948.

Konsumenten überwältigt, kommt es nicht zum Schadenausgleich: Die Ansprüche der Händler scheitern am *passing on*-Einwand, die Ansprüche der Konsumenten an der fehlenden Aktivlegitimation. In systematischer Hinsicht ist es nicht überzeugend, das Wirtschaftssystem zwar marktwirtschaftlich auszugestalten und damit auf das Prinzip der Konsumentensouveränität zu gründen, dem Souverän aber eigene kartellrechtliche Ansprüche zu versagen.

Vollkommen zu Recht schlägt der Bundesrat deshalb vor, diese rechtsvergleichende Singularität²³ zu beseitigen und das kartellrechtliche Fundament entsprechend zu ergänzen: Kartellrechtliche Ansprüche soll in Zukunft haben, wer "durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird". Durch diese weite Formulierung "soll nun auch finanziell geschädigten Konsumentinnen und Konsumenten wie allen anderen Endkunden ein Klagerecht zugestanden werden".²⁴ Zu den "anderen Endkunden" gehören die öffentlich-rechtlichen Abnehmer. Die Frage, ob die Zuerkennung eines Klagerechts für Konsumenten ohne Ergänzung durch Verbandsrechte geeignet ist, die Praxis des Kartellzi-

²³ In anderen Rechtsordnungen kommt es zwar auch vor, dass bestimmte Gruppen von Geschädigten nicht aktivlegitimiert sind. Der relevante Schaden kann aber dann von anderen geltend gemacht werden. So hat der US Supreme Court für das Bundeskartellrecht die Ansprüche indirekter Abnehmer zwar ausgeschlossen, s. *Illinois Brick* – 431 U.S. 720 (1977). Dies war aber lediglich die Konsequenz eines früheren Entscheids, in dem sich das Gericht gegen die Zulässigkeit der *passing on defence* ausgesprochen hatte, s. *Hanover Shoe* – 392 U.S. 481 (1968). Nach der Konzeption des US Antitrust sollen die Ansprüche also auf der Stufe der direkten Abnehmer konzentriert, nicht aber Haftungslücken geschaffen werden. Demgegenüber lässt das deutsche Recht seit dem Abschied vom Merkmal der Zielgerichtetheit Ansprüche indirekter Abnehmer vollumfänglich zu. Der Einwand der Schadenabwälzung wird folglich (trotz der – unklaren – Spezialregel in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB) akzeptiert, s. zu diesem Fragenkreis den Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 – *ORWI*, der auch auf Schwierigkeiten eingeht, die sich aus dem Nebeneinander von Klagen direkter und indirekter Abnehmer ergeben können.

²⁴ Botschaft, BBl 2012, 3948. Dies entspricht der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach "jedermann" einen Anspruch auf Ersatz des Schadens zusteht, der ihm durch eine Verletzung des (europäischen) Kartellrechts entstanden ist, s. EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Tz. 26; EuGH, 13.7.2006, *Manfredi*, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Tz. 60 f.

vilrechts zu beleben, soll weiter unten im Zusammenhang mit den Möglichkeiten kollektiven Rechtsschutzes aufgegriffen werden.²⁵

Da die Anspruchsvoraussetzung der Wettbewerbsbehinderung durch das Merkmal des wirtschaftlichen Interesses ersetzt wird, schlägt der Bundesrat vor, Art. 12 Abs. 2 KG zu streichen. Die Vorschrift nennt zwei Beispiele für Wettbewerbsbehinderungen, nämlich die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und die Diskriminierung. Der Nutzen dieser Aufzählung ist beschränkt, da die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Art. 7 Abs. 2 lit. a und Art. 13 lit. b KG, die Diskriminierung in Art. 7 Abs. 2 lit. b KG angesprochen wird. Durch den Abschied vom Merkmal der Wettbewerbsbehinderung erscheint Art. 12 Abs. 2 KG in der Tat entbehrlich.

2. Anspruchsordnung

Art. 12 Abs. 1 lit. a KG gibt dem Opfer eines Kartellverstosses einen Anspruch auf "Beseitigung oder Unterlassung". Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen auch kumulativ zuzusprechen sind.²⁶ Der Bundesrat schlägt deshalb zu Recht vor, das Wort "oder" durch "und" zu ersetzen.

In Analogie zu Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG und Art. 28a Abs. 1 Nr. 3 ZGB ist anerkannt, dass Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung einen Anspruch auf Feststellung des Rechtsverstosses haben, wenn noch eine Beeinträchtigung hiervon ausgeht.²⁷ Es ist zu begrüßen, dass ein ausdrücklicher Anspruch in den Katalog des Art. 12 Abs. 1 KG aufgenommen werden soll (aktueller Vorschlag: "Feststellung der Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung"). Es wäre zu überlegen, ob die Formulierung enger an die genannten Vorschriften des UWG und des ZGB angelehnt werden sollte, indem der dort gemachte Zusatz übernommen wird ("wenn sich diese weiterhin störend auswirkt").

²⁵ S. unten IV.1.

²⁶ S. z.B. Commentaire Romand/REYMOND, Art. 12 LCart Rn. 63 m.w.N.

²⁷ Baker&McKenzie/HAHN, Art. 12 KG Rn. 33 m.w.N.

3. Kartellrechtliches Übermassverbot

Eine nur vor dem Hintergrund der älteren Kartellgesetze zu verstehende Vorschrift ist Art. 12 Abs. 3 KG, der kartellzivilrechtliche Ansprüche auch für den Fall zuspricht, dass kein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegt, jemand aber durch legales Verhalten "über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist". Die Vorschrift hat ihre Berechtigung verloren; kartellzivilrechtliche Ansprüche sollten immer an einen KG-Verstoss anknüpfen.²⁸ Zu Recht schlägt die Botschaft Aufhebung dieser Vorschrift vor.

4. Verjährung

Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche verjähren nicht; für vertragliche Ansprüche gilt die zehnjährige Regelverjährung des Art. 127 OR. Unbefriedigend ist die Rechtslage beim kartelldeliktsrechtlichen Schadenersatz-, Genugtuungs- und Gewinnherausgabeanspruch: Nach herrschender Meinung gilt über den Verweis in Art. 12 Abs. 1 KG die Regelung in Art. 60 Abs. 1 OR, also eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren ab der schädigenden Handlung.²⁹ Die relative Verjährungsfrist von einem Jahr steht ganz allgemein in der Kritik.³⁰ Im Kartellrecht herrscht besondere Unsicherheit: Es ist unklar, in welchem Zeitpunkt der Schaden so genau bestimmt ist, dass die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Dies zwingt zu frühzeitiger Klageerhebung mit entsprechender Minderung der Erfolgsaussichten. Ausserdem erfährt das Zusammenspiel mit dem kartellbehördlichen Verfahren keine Berücksichtigung. Der Lauf der zivilrechtlichen Verjährung wird durch das Verwaltungsverfahren nicht berührt. Der Geschädig-

²⁸ Zum historischen Hintergrund von Art. 12 Abs. 3 KG s. HEINEMANN (oben FN 21), 60 ff.

²⁹ S. z.B. BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 KG Rn. 85 f.

³⁰ S. den Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf einer Revision des Verjährungsrechts vom August 2011, www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1999/Begleitbericht_de.pdf, insbesondere S. 9. Auch die Kritik an der absoluten zehnjährigen Verjährungsfrist kann für das Kartellrecht relevant werden. Zwar sind hier Spätschäden vom Typus der Asbestfälle praktisch nicht relevant. Doch ist es denkbar, dass ein Kartell erst zehn Jahre nach seiner Beendigung aufgedeckt wird.

te kann also nicht unbedingt auf den Ausgang des kartellbehördlichen Verfahrens warten.

Der Bundesrat schlägt deshalb in einem neuen Art. 12a KG Hinderung bzw. Stillstand der Verjährung während der behördlichen Untersuchung vor.³¹ Der Vorschlag ist zu begrüßen, da er das Potential für *follow on*-Klagen vergrößert. Allerdings ergibt sich keine Verbesserung für die *stand alone*-Klagen. Es bleibt bei der unangemessen kurzen relativen Verjährungsfrist von einem Jahr. Die Botschaft verweist auf die Bestrebungen hinsichtlich einer allgemeinen Reform des Verjährungsrechts. Die nun mehr als zwanzig Jahre dauernden Bemühungen zeigen allerdings, dass eine solche Reform kein Selbstläufer ist. Angesichts der desaströsen praktischen Bilanz sollte das Kartellrecht in der Verjährungsfrage eine Vorreiterrolle übernehmen. Die relative Verjährungsfrist sollte – so wie im Rahmen der allgemeinen Revision des Verjährungsrechts vorgeschlagen – auf drei Jahre verlängert werden.³²

5. Feststellung, nicht Anordnung der Nichtigkeit

Eine auf den ersten Blick unscheinbare Änderung betrifft Art. 13 lit. a KG. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs soll das Gericht nicht mehr "anordnen", sondern "feststellen", dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind. Hier spiegelt sich der Konzeptionswandel des Kartellgesetzes, nämlich der Übergang zum Verbotsprinzip wider: Der Anwendung *ipso iure* geltender Verbote kommt lediglich deklaratorische, nicht konstitutive Bedeutung zu.³³ Für die Bestimmung der Reichweite der Nichtigkeit bedarf es genauer Überlegungen: Zu differenzieren ist zwischen Art.

³¹ Dies gilt nicht nur für Untersuchungen des Weko-Sekretariats nach Art. 27 KG, sondern folgerichtig auch für Verfahren der Europäischen Kommission auf der Grundlage des bilateralen Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der EU.

³² Die Botschaft verweist darauf, dass die laufende Revision des Verjährungsrechts die kartellrechtliche Bestimmung zum Ruhen der Verjährung aufgreifen wird, was allenfalls zu einem Verzicht auf eine spezialgesetzliche Regelung im KG führen könnte (BB1 2012, 3949). Mit derselben Logik könnte man dann doch die relative Verjährungsfrist kartellgesetzlich verlängern und diese Sonderregelung im Fall eines erfolgreichen Abschlusses der allgemeinen Revision des Verjährungsrechts wieder aufheben.

³³ S. bereits oben II.2.

5 und 7 KG³⁴ und zwischen Wettbewerbsabreden und Folgeverträgen.³⁵ Die nähere Ausgestaltung ist der Rechtsanwendungspraxis zu überlassen.

6. Anrechnung des Schadenersatzes auf die Verwaltungssanktionen?

In der Botschaft wird vorgeschlagen, kartellzivilrechtliche Schadenersatzzahlungen auf die Verwaltungssanktionen gebührend anzurechnen, nämlich "die Belastung [...] in angemessenem Umfang zu erlassen oder einen angemessenen Teil zurückzuerstatten" (Art. 49a Abs. 6 des Gesetzesentwurfs). Die Botschaft nennt als Grund hierfür, dass "sich künftig vermehrt eine (auch schon nach heutigem Recht denkbare) allenfalls unbillige Doppelbelastung eines Unternehmens daraus ergeben [kann], dass dieses zunächst zur Bezahlung einer Verwaltungssanktion und alsdann auch noch zur Bezahlung von zivilrechtlichem Schadenersatz verurteilt wird".³⁶

Zur Bewertung des Vorschlags ist eine Vorbemerkung zur Grundkonzeption der kartellrechtlichen Sanktionsmechanismen erforderlich. Das Kartellgesetz sieht zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Sanktionen vor. Die zivilrechtlichen Sanktionen sollten im Wesentlichen der Kompensation dienen, die öffentlich-rechtlichen Sanktionen der Repression und der Prävention. Zu diesem Zweck sollte sich der Betrag der direkten Sanktionen, so wie es das Gesetz vorsieht,³⁷ nach Dauer und Schwere des Verstosses bemessen. Der mutmassliche Gewinn ist nach der gesetzlichen Regelung zwar angemessen zu berücksichtigen.³⁸ Primär massgeblich sind aber Dauer und Schwere der Tat.³⁹ Im Idealfall würde auf dem zivilrechtlichen Weg vollständige Kom-

³⁴ Zur Fusionskontrolle s. Art. 34 KG.

³⁵ S. beispielsweise BÜRGI JOHANNES A., Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstössen, Bern 2001; JACOBS RETO, Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, in: KUNZ/HERREN/COTTIER/MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS Roland von Büren, Basel 2009, 573 ff.; WIGET LUKAS, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, Zürich, St. Gallen 2006. Aus der Praxis des Bundesgerichts s. BGE 134 III 438 (442 f.).

³⁶ Botschaft, BBl 2012, 3960.

³⁷ Art. 49a Abs. 1 S. 3 KG.

³⁸ Art. 49a Abs. 1 S. 4 KG.

³⁹ Der Gewinn taucht in der KG-Sanktionsverordnung im Katalog der erschwerenden Umstände auf, Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG.

pensation der Opfer stattfinden. Die direkte Sanktion tritt aus Repressions- und Präventionsgründen hinzu. Diese Differenzierungen werden durch die geringe praktische Bedeutung des Kartellzivilrechts verwischt. Da es zu- meist nicht zum zivilrechtlichen Ausgleich kommt, wurde den Verwaltungs- sanktionen auch die Aufgabe übertragen, die Kartellrente abzuschöpfen.⁴⁰ Auch wenn die Kartellrente des Täters und der Schaden des Opfers nicht gleichzusetzen sind, bestehen zwischen beiden Rechnungsposten doch gros- se Überschneidungen. Soweit also in die Sanktionen die Kartellrente einge- preist wird, käme es bei zivilrechtlichem Ausgleich tatsächlich zu einer Doppelbelastung.

Der in der Botschaft vorgeschlagene Ausweg überzeugt allerdings nicht. Zunächst sollte davon Abstand genommen werden, der Wettbewerbsbehörde die Aufgabe zu übertragen, "gestützt auf ein entsprechendes Ersuchen des Unternehmens dem Bundesverwaltungsgericht Antrag" zu stellen, die Sank- tion angemessen zu reduzieren. Hier tun sich viele Streitfragen auf. Offenbar zielt der Vorschlag nicht auf eine vollständige, sondern auf eine angemesse- ne Anrechnung. Wer entscheidet über die Angemessenheit? Kann sich das Unternehmen wehren, wenn es die Einschätzung der Angemessenheit durch die Behörde nicht teilt? Ist es eine sinnvolle Verwendung knapper Behör- denkapazitäten, sich mit solchen Fragen auseinanderzusetzen?

Eine Förderung der Zivilklagen wird durch den Vorschlag nur insofern er- reicht, als die Aussicht auf eine Kofinanzierung durch den Staat beim Kar- telltäter *moral hazard* bewirken mag, der die Anreize zur Verteidigung ge- gen kartellzivilrechtliche Ansprüche reduziert. Besser wäre es, positive An- reize zu setzen, die den Kartelltäter zu aktiven Entschädigungsanstrengungen motivieren. Es sollte deshalb nicht auf einen rechtskräftigen zivilrechtlichen Entscheid abgestellt werden, so wie es die Botschaft tut, sondern aktive Ent- schädigungsanstrengungen des Delinquenten sollten honoriert werden. Hier- für bieten sich zwei Massnahmen an: Liegen ernsthafte Entschädigungsan- strengungen vor, sollte die Behörde erstens davon Abstand nehmen, bei der Sanktionsbemessung den mutmasslichen Gewinn sanktionserhöhend zu be- rücksichtigen. Zweitens sollte in Art. 6 KG-Sanktionsverordnung als mil- dernder Umstand die Tatsache aufgenommen werden, dass der Kartelltäter

⁴⁰ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2033: "Wettbe- werbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoß gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartell- rente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt".

ernsthafte Anstrengungen zur Entschädigung der Opfer der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung unternimmt. Ernsthafte Anstrengungen liegen dann vor, wenn der Täter konstruktiv auf die Opfer zugeht und an einem zeitnahen Schadenausgleich mitwirkt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn sich der Täter mit dem Opfer einigt, oder wenn eine Schiedsvereinbarung getroffen wird und der Delinquent die Kosten des Schiedsverfahrens übernimmt.

Der Vorteil der hier vorgeschlagenen Regelung besteht darin, dass Täter zur frühzeitigen Kompensation motiviert werden und nicht auch dann noch belohnt werden, wenn sie sich womöglich bis in die letzte Instanz gegen berechnete Ansprüche gewehrt haben.

7. Ingress

Der Bezug im Ingress auf Art. 27 Abs. 1 BV soll laut Botschaft gestrichen werden, "da er keine Rechtsetzungskompetenz des Bundes begründet".⁴¹ Aus der Perspektive des Kartellzivilrechts ist dies zu bedauern. Eine klassische kartellrechtliche Diskussion betrifft die Frage, ob das Kartellrecht ausschliesslich den Schutz des Wettbewerbs als Institution oder auch den Schutz der betroffenen Individuen zum Gegenstand hat.⁴² Die Aufnahme von Art. 27 BV in den Ingress des Kartellgesetzes durch die KG-Revision von 2003 war ein wichtiges Argument, die Doppelfunktion von Institutionen- und Individualschutz zu begründen.⁴³ Das Kartellzivilrecht hängt konzeptionell davon ab, dass die individualschützende Funktion des Kartellrechts anerkannt wird. Mit YVO HANGARTNER⁴⁴ ist deshalb zu fordern, Art. 27 Abs. 1 BV im Ingress zu belassen.

Die Botschaft enthält keine Korrektur des zu eng geratenen Verweises auf den Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung. Im Ingress befindet sich aktuell nur ein Verweis auf Absatz 2 von Art. 97 BV, der die Rechtsmittel von Konsumentenorganisationen betrifft. Konsumentenorganisationen

⁴¹ Botschaft, BBl 2012, 3940.

⁴² S. beispielsweise MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genf, Zürich, Basel 2012, 43 ff. m.w.N.

⁴³ S. z.B. ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 237.

⁴⁴ HANGARTNER YVO, *Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit*, AJP/PJA 4/2012.

haben aber im Kartellgesetz kein Beschwerderecht,⁴⁵ woran sich laut Botschaft auch nichts ändern soll. Eine Erweiterung der Aktivlegitimation zugunsten einzelner Konsumenten wird hingegen in der Botschaft befürwortet.⁴⁶ Zu Recht schlug die erste Vernehmlassungsunterlage eine Erweiterung des Verweises auf den gesamten Art. 97 BV vor.⁴⁷ Dem sollte nachgekommen werden.

IV. Nicht aufgegriffene Themen

Aufschlussreich ist ein Überblick über viel diskutierte Reformoptionen, die in der Botschaft nicht aufgegriffen wurden.

1. Verbandsklagen

Verstösse gegen das Kartellrecht können zu fein fragmentierten Streuschäden bei den letzten Abnehmern führen. Wenn der Schaden des individuellen Opfers so gering ist, dass rechtliche Gegenwehr nicht lohnt, kommt es zum Phänomen der rationalen Apathie. Ein Schadenausgleich findet nicht statt, obwohl die Summe der Mikroschäden möglicherweise beträchtlich ist. Eine geeignete Gegenmassnahme besteht in der Steigerung der Effizienz rechtlicher Durchsetzungsmechanismen in Form kollektiven Rechtsschutzes. Die Botschaft merkt zu diesem Thema an, dass "die Anpassungen im zivilrechtlichen Bereich hinter dem zurückbleiben, was in der EU geplant ist (bspw. kollektiver Rechtsschutz in der Form von Verbandsklagen)".⁴⁸ Eine nähere Begründung hierfür wird nicht gegeben. Es sei die Vermutung gewagt, dass hinter dem Verzicht auf die Entwicklung kollektiver Durchsetzungswege die Befürchtung exzessiver Klagen steht.

⁴⁵ S. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 263 FN 427: Bei dem Verweis auf Art. 97 Abs. 2 BV handelt es sich wohl um ein Versehen. Ein Vorentwurf zur KG-Revision 2003 sah ein Beschwerderecht für Konsumentenorganisationen vor.

⁴⁶ S.o. III.1.

⁴⁷ Erläuternder Bericht v. 30.6.2010, S. 27 f., erhältlich unter www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1836/Bericht.pdf.

⁴⁸ Botschaft, BBl 2012, 3938.

Zum Thema Verbandsklagen heisst es lediglich, dass "Konsumentenorganisationen [...] nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen dann klagen [können], wenn sie sich die Forderungen von den Konsumentinnen und Konsumenten abtreten lassen."⁴⁹ Dies ist in der Tat möglich, da einer Abtretung kartellrechtlicher Ansprüche die in Art. 164 Abs. 1 OR genannten Hindernisse nicht im Weg stehen.⁵⁰ Eine andere Frage ist, wie wahrscheinlich die Entwicklung von Abtretungslösungen in der Praxis sein wird. In dieser Hinsicht liegen Erfahrungen aus Deutschland vor. Die Gesellschaft *Cartel Damage Claims (CDC)* lässt sich Schadenersatzansprüche von Kartellopfern abtreten und macht sie in eigenem Namen gelten. Der deutsche Bundesgerichtshof hat dieses Geschäftsmodell zugelassen.⁵¹ Entsprechende Klagen sind auch in der Schweiz vorstellbar. Allerdings werden Abtretungslösungen nur dann interessant sein, wenn es sich bei den Opfern um Unternehmen handelt, und wenn Schäden in wenigstens mittlerer Höhe angefallen sind. Was die in der Botschaft genannte Möglichkeit der Abtretung von Forderungen durch Konsumenten an Konsumentenorganisationen betrifft, so zeigt das Beispiel Österreich, dass es nur mit massiver öffentlicher Unterstützung (beispielsweise durch das Konsumentenschutzministerium) zur Abtretung von Verbraucheransprüchen kommt.⁵² In der Schweiz tritt erschwerend das abtretungsrechtliche Schriftformerfordernis hinzu.⁵³ Eine Einschreibung auf einer Website ist also nicht ausreichend; es wäre eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich.⁵⁴

Wenn man eine Belebung kartellzivilrechtlicher Klagen auch in den Fällen wünscht, in denen nur relativ geringe Schäden bei den individuellen Endabnehmern ankommen, ist es wichtig, ein Verbandsklagerecht zugunsten von Konsumenten- und gewerblichen Verbänden einzuführen. Die Verbandsklage nach Art. 89 ZPO reicht nicht aus, da nur Unterlassungs- und Beseiti-

⁴⁹ Botschaft, BBl 2012, 3948.

⁵⁰ LANG CHRISTOPH G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, 138 f.

⁵¹ BGH, GRUR-RR 2009, 319 – *Zementkartell*.

⁵² In Österreich wird dies als "Sammelklage nach österreichischem Recht" bezeichnet. Eine Vielzahl von Geschädigten tritt ihre Ansprüche an einen Verband, häufig eine Konsumentenorganisation ab. Der Oberste Gerichtshof hat dieses Modell akzeptiert, s. OGH, 12.7.2005, 4 Ob 116/05w.

⁵³ Art. 165 OR.

⁵⁴ Art. 14 Abs. 2^{bis} OR.

gungsansprüche zur Verfügung stehen. Vor dem Hintergrund des Phänomens der Streuschäden ist den Verbänden das Recht einzuräumen, den Schaden ihrer Zielgruppen einzuklagen. Was die nähere Ausgestaltung betrifft, so ist daran zu erinnern, dass Übertreibungen in den USA damit zusammenhängen, dass die Sammelklagen dem *opt out*-Prinzip folgen. Risiken werden vermieden, wenn ein *opt in*-Modell umgesetzt wird, das auch am besten in das geltende Rechtssystem passt.⁵⁵ Konsumenten- und gewerbliche Verbände sollten also nur Schadenersatzansprüche derjenigen Konsumenten bzw. Unternehmen geltend machen können, die sie hierzu autorisiert haben. An die Form der Autorisierung sollten keine hohen Anforderungen gestellt werden, insbesondere nicht das abtretungsrechtliche Schriftformerfordernis. Die Einschreibung auf einer Website sollte ausreichen.

2. Bestimmung des Schadens

Zu Recht sieht die Botschaft nicht die Einführung von mehrfachem oder von Strafschadenersatz vor. Überkompensation passt nicht zu den Grundprinzipien des Haftpflichtrechts. Ausserdem würden Anreize geschaffen, die leicht zu einer Überhitzung der privaten Klagen führen könnten.

Weniger überzeugend ist die Abwesenheit einer Vorschrift zur Schadenabwälzung. Die Problematik ist für das Kartellzivilrecht zentral. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation würde durch eine ausdrückliche Zulassung des *passing on*-Einwands abgerundet. Angesichts der breiten Anerkennung dieses Einwands in der Literatur ist die Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung aber vielleicht nur ein Schönheitsfehler.

Der ersatzfähige Schaden umfasst *damnum emergens* und *lucrum cessans*. Die Bestimmung des Schadens im Einzelfall bereitet im Kartellrecht aufgrund der komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge besonders grosse Schwierigkeiten. Konkretisierungen auf Gesetzesstufe bieten sich nicht an. An die Gerichte ist zu appellieren, von der Möglichkeit der Schadensschätzung (Art. 42 Abs. 2 OR) entsprechend intensiven Gebrauch zu machen. In der EU ist ein ökonomisches Kompendium zur Schadenbestimmung in Kartellrechtsfällen in Vorbereitung. Der "Leitfaden zur Ermittlung des Schadenssumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Artikels 101 oder

⁵⁵ Die Erfahrungen in Frankreich und in Grossbritannien belegen, dass Sammelklagen nach *opt in*-Prinzip nicht zu exzessiven Klagen führen.

102 AEUV" soll noch 2012 verabschiedet werden.⁵⁶ Wegen der Parallelität der einschlägigen Schwierigkeiten wird dieses Dokument auch für das Schweizer Recht von grossem Nutzen sein.

3. Zugang zu Beweismitteln

Ein Hauptgrund für die geringe praktische Bedeutung des Kartellzivilrechts sind die Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Sie beruhen u.a. auf dem Geheimcharakter vieler Praktiken, der starken ökonomischen Prägung der Tatbestandsmerkmale und allgemein der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge. Die aktuell zur Verfügung stehenden Instrumente wie z.B. die Möglichkeit der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR oder die Wahl einer unbezifferten Forderungsklage nach Art. 85 ZPO reichen nicht aus. In der Literatur sind verschiedene Vorschläge zur Abhilfe unterbreitet worden.⁵⁷

Am erfolgversprechendsten erscheint die Einführung einer an genaue Voraussetzungen geknüpften Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln. Um Fischzüge zu vermeiden, ist vom Prinzip des *fact pleading*, nicht des *notice pleading* auszugehen.⁵⁸ Die folgenden Voraussetzungen sind zu beachten: Aus den vom Geschädigten vorgelegten Beweismitteln muss die Existenz eines kartellrechtswidrig erlittenen Schadens zumindest plausibel werden. Es muss dem Geschädigten unmöglich sein, unter zumutbaren Anstrengungen die erforderlichen Beweise vorzulegen. Er hat die Beweismittel oder die

⁵⁶ Ein Entwurf findet sich unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_de.html.

⁵⁷ S. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 850 m.w.N. Die Vorschläge in der EU setzen ebenfalls an dieser Stelle an, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, Kapitel 2.2.

⁵⁸ Zum Unterschied von *fact pleading* und *notice pleading* s. STÜRNER ROLF, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: BASEDOW (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, 163, 170 f. Einen Kompromiss zwischen beiden Prinzipien, der allerdings näher am *fact pleading* als am *notice pleading* liegt, bietet Rule 16 der AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm; s. hierzu STÜRNER ROLF, The Principles of Transnational Civil Procedure – An Introduction to Their Basic Conceptions, *RabelsZ* 69 (2005) 201, 235 ff.

Kategorien von Beweismitteln zu bezeichnen.⁵⁹ Schliesslich sind die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zu respektieren. Es ist Aufgabe des Gerichts, die erforderlichen Anordnungen zu treffen. Die Botschaft nimmt keine Stellung zu diesem oder zu alternativen Vorschlägen. Offenbar steht auch hier die Furcht vor einer exzessiven Klagekultur im Hintergrund. Dabei würde ein sorgsam limitiertes Zugangsrecht lediglich zu einer kleinen Verlängerung der zu kurz geratenen Klägerspiele führen.

4. Bindungswirkung von Behördenentscheiden

Zwar ist es schwer vorstellbar, dass Zivilgerichte bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Kartellgesetz vorliegt, zu einem anderen Ergebnis als die Kartellbehörde kommen. Ganz ausgeschlossen ist es aber nicht. Es besteht ein Trend in der EU, Bindungswirkung von Behördenentscheiden anzuordnen.⁶⁰ Der Hauptvorteil der Bindungswirkung besteht darin, dass der von der Kartellbehörde überführte Täter im Zivilprozess nicht mehr vorbringen kann, es liege überhaupt kein Kartellrechtsverstoß vor. Eine umfangreiche Beweisaufnahme wird hierdurch entbehrlich, was die Hürden für eine erfolgreiche Schadenersatzklage senkt. Die Botschaft greift den Vorschlag nicht auf, eine solche Bindungswirkung auch in das Schweizer Kartellzivilprozessrecht aufzunehmen.⁶¹

⁵⁹ Vgl. die Beispiele, welche die Europäische Kommission in ihrem Arbeitspapier zum Weissbuch über kartellrechtliche Schadenersatzklagen gibt: Ein Kartellgeschädigter könnte die Herausgabe von Dokumenten verlangen mit Bezug auf das einschlägige Produkt, das einschlägige Territorium und den einschlägigen Zeitraum. Zur Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises könnte er auch Informationen verlangen zu den Preisen vor Abschluss des Kartells bzw. zu Preisen auf vom Kartell nicht betroffenen, aber vergleichbaren Märkten; s. EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC(2008) 404, Rn. 106.

⁶⁰ S. Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 und Weissbuch (oben FN 57), Kapitel 2.3.

⁶¹ Ein anderes Thema im Grenzbereich von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess betrifft die Frage, inwieweit Kronzeugen davor geschützt werden sollten, dass ihre Aussagen in einem nachfolgenden Zivilprozess gegen sie selbst verwendet werden; s. hierzu DENOTH SERAINA, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Zürich, St. Gallen 2012 mit konkreten Vorschlägen zur Entschärfung dieses Spannungsverhältnisses.

5. Verfahrenskosten

Die Botschaft verzichtet darauf, durch eine ausdrückliche Vorschrift Ausnahmen vom Grundsatz des *loser pays* vorzusehen, wenn begründeter Anlass zur Klage bestand. Art. 107 ZPO sorgt hier inzwischen für Flexibilität. Die aktienrechtlichen Spezialnormen in Art. 706a Abs. 3 und 756 Abs. 2 OR wurden deshalb aufgehoben. Im Kartellzivilprozess ist angesichts der ausserordentlichen Beweisprobleme systematisch an die kostenrechtliche Billigkeitsnorm zu denken.

V. Gesamtschau

Einigkeit besteht in dem Ziel, das Kartellzivilrecht zu stärken.⁶² Die beiden Hauptinstrumente der Botschaft zur Erreichung dieses Ziels bestehen im Ausbau der Aktivlegitimation zu Gunsten aller, die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt werden, und im Ruhen der Verjährung während des kartellbehördlichen Verfahrens. Verzichtet wird auf die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist, auf die Einführung eines schadenersatzbezogenen Verbandsklagerechts und auf Verbesserungen beim Zugang zu Beweismitteln. Wie sich die Änderungen in der Praxis auswirken mögen, sei am Beispiel der drei folgenden Grundkonstellationen demonstriert:

- Fallgruppe 1: Kartellopfer sind Unternehmen. Bei ihnen fallen (nicht auf die nächste Marktstufe abgewälzte) Schäden an, die zwar nicht gering, aber auch nicht so hoch sind, dass sich für das einzelne Unternehmen die zivilrechtliche Geltendmachung lohnen würde. Bereits nach geltendem Recht können die Opfer klagen, da Unternehmen aktivlegitimiert sind. Eine Abtretungslösung liegt nahe: Durch eine gebündelte Geltendmachung lassen sich die Kosten der Rechtsverfolgung reduzieren. Läuft ein kartellbehördliches Verfahren, so profitieren die Geschädigten nach der Reform vom Ruhen der Verjährung. Dies kann nützlich sein, um die Individualklage oder den kollektiven Rechtsschutz auf der Grundlage von Abtretungen zu organisieren. Keinerlei Verbesserung ergibt sich allerdings bei einer *stand alone*-Klage. Hier kommt es nicht zum Ruhen der Verjährung, und eine Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr ist nicht vor-

⁶² S. die entsprechend lautende Abschnittsüberschrift in Botschaft, BBl 2012, 3928.

gesehen. Auch sieht die KG-Revision keine Massnahmen vor, um die Schwierigkeiten bei der Beweisführung zu mildern.

- Fallgruppe 2: Kartellopfer sind Konsumenten, die Streuschäden erleiden. Nach geltendem Recht ist die zivilrechtliche Geltendmachung nicht möglich, da nach herrschender Meinung Konsumenten nicht aktivlegitimiert sind. Dies würde sich durch die Revision ändern. Da bei fein fragmentierten Streuschäden die Organisation von Abtretungen nicht lohnt, wird es in der Realität aber nicht zu einem zivilrechtlichen Ausgleich kommen, da die Revision auf ein schadenersatzrechtliches Verbandsklagerecht der Konsumentenorganisationen verzichtet.
- Fallgruppe 3: Geschädigt sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, zum Beispiel in Folge eines Submissionskartells. Ihre Aktivlegitimation nach geltendem Recht ist unklar. Die Revision schafft in dieser Hinsicht Klarheit. Die Opfer profitieren vom Ruhen der Verjährung während des kartellbehördlichen Verfahrens. Wie in Fallgruppe 1 ist dies irrelevant bei *stand alone*-Klagen. Auch ergeben sich keine Verbesserungen bei der Beweisführung.

Die Beispiele zeigen, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung zu einer Verbesserung bei *follow on*-Klagen geschädigter Unternehmen führt: Es steht aufgrund des Ruhens der Verjährung mehr Zeit zur Verfügung, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorzubereiten. Auch wird durch den Ausbau der Aktivlegitimation der untragbare Widerspruch zwischen Anerkennung der *passing on*-Verteidigung und Versagung von Konsumentenklagen beseitigt. Grosse praktische Wirkungen wird dies aber nicht haben, da auf die Einführung eines schadenersatzrechtlichen Verbandsklagerechts verzichtet wird, und da Abtretungslösungen bei Streuschäden nicht praktikabel sind. Die einjährige Verjährungsfrist, bei der es bis zur allgemeinen Revision des Verjährungsrechts bleiben soll, wirkt sich bei den komplexen Kartellklagen noch nachteiliger aus als in anderen Rechtsgebieten. Verbesserungen sind bei den Klagen juristischer Personen des öffentlichen Rechts zu erwarten. Die durch Submissionskartelle erlittenen Schäden sind substantiell. Eine Klarstellung in Bezug auf die Aktivlegitimation könnte Signalwirkung für ein aktiveres Bemühen um Schadenausgleich entfalten.⁶³

⁶³ Schon nach geltendem Recht sollte man auf der Grundlage des allgemeinen Zivilrechts zu Ansprüchen der betroffenen Rechtsträger gelangen. Die praktische Geltendmachung dieser Ansprüche wird aber durch die Unsicherheiten bei der Aktivlegitimation beeinträchtigt.

VI. Fazit

Die Vorschläge, die in der Botschaft zum Thema Kartellzivilrecht gemacht werden, sollten (mit Ausnahme der Bestimmung über die Anrechnung von Schadenersatzzahlungen auf die Verwaltungssanktionen) umgesetzt werden. Allerdings reicht dies nicht aus: Die (berechtigte) Ablehnung einer exzessiven Klagekultur darf nicht dazu führen, Gesetzesänderungen zu unterlassen, die für eine spürbare Stärkung des zivilrechtlichen Wegs erforderlich sind, ohne dass missbräuchlicher Klageführung die Hand gereicht wird.

Befürchtungen hinsichtlich einer kartellzivilrechtlichen Überhitzung sind dadurch auszuräumen, dass erstens auf Strafschadenersatz, zweitens auf kollektiven Rechtsschutz auf *opt out*-Basis und drittens auf Zugang zu Beweismitteln im Wege des *notice pleading* verzichtet wird. Im Gegenzug ist es erforderlich, die relative Verjährungsfrist auf drei Jahre zu verlängern, Verbandsklagen auf *opt in*-Basis einzuführen, den Zugang zu Beweismitteln auf Grundlage des *fact pleading* zu stärken und den kartellbehördlichen Entscheidungen Bindungswirkung zuzuerkennen.

Immerhin könnte die Thematisierung des Kartellzivilrechts im Zug der KG-Revision zu einer Mentalitätsänderung führen, wenn nämlich die Opfer unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen dahin gelangen, reflexhaft zu prüfen, ob die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erfolgversprechend ist. Für die Organe und Vertreter von Gesellschaften, juristischen Personen des öffentlichen Rechts etc. ist die Prüfung dieser Frage Pflicht.⁶⁴ Der Praxistest wird zeigen, ob die vorgeschlagenen Reformen ausreichen, um das Kartellzivilrecht aus seinem Schattendasein zu führen.

⁶⁴ Vgl. WEITBRECHT ANDREAS, Schadenersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, NJW 2012, 881, 884. Zur zivilrechtlichen Haftung von Mitarbeitern für KG-Verstöße s. WEBER ROLF H., Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, in: WEBER/ISLER (Hrsg), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, EIZ-Schriftenreihe Bd. 87, Zürich 2008, 115, 139 ff.; WEBER ROLF H., Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen (in diesem Band), unter II.2.

